

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le privilège du préalable défini comme l'absence d'effet suspensif du recours ou "Ceci n'est pas un privilège !"

Nihoul, Marc

Published in:
Chroniques de Droit public

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2001, 'Le privilège du préalable défini comme l'absence d'effet suspensif du recours ou "Ceci n'est pas un privilège !": note sous C.E., Taymans, n° 93.468, 21 février 2001', *Chroniques de Droit public*, p. 481 - 483.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

dat het dan ook niet volstaat in algemene bewoordingen te stellen "dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen het belang van de veiligheid van het land", meer bepaald omdat het toegang verlenen tot de dossiers van de Staatsveiligheid ertoe zou leiden dat deze modus operandi wordt onthuld; dat geen concrete belangenafweging werd uitgevoerd; dat de gegeven uitleg erop neerkomt zonder meer te stellen dat de wet van 11 april 1994 niet geldt voor het Bestuur van de Staatsveiligheid; dat niet wordt aangetoond hoe

door de inzage van één bepaald dossier de werking van dat bestuur ontregeld zou kunnen worden; dat wat de mogelijke schending van de privacy betreft van derde personen, waarmede blijkbaar bedoeld wordt dat de identiteit van agenten van de Staatsveiligheid, aanbrengers en werkers van de betrokken gegevens, onthuld zou kunnen worden, het volstaat erop te wijzen dat die gegevens onleesbaar kunnen worden gemaakt en dat hetzelfde geldt voor de gegevens inzake de werking van de dienst zelf; dat het middel gegrond is.

Noot

Zie in dit nummer het artikel van Paul DE HERT, *De grondrechten en wetten m.b.t. openbaarheid*

van bestuursdocumenten en bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Conseil d'Etat, VIII Chambre, 21 février 2001, n° 93.468

RECOURS EN ANNULATION DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT
— ABSENCE D'EFFET SUSPENSIF — PRIVILÈGE DU PRÉALABLE

Le recours en annulation devant le Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif, si bien que l'acte attaqué reste exécutoire. En vertu du privilège du préalable, le requérant doit s'incliner devant l'acte attaqué et la seule conviction qu'il est illégal ne peut pas le dispenser de s'y plier.

ANNULATIEBEROEP BIJ DE RAAD VAN STATE — GEEN
SCHORSSENDE WERKING — PRIVILEGE DU PRÉALABLE

Het annulatieberoep bij de Raad van State heeft geen schorsende werking, zodat de bestreden akte uitvoerbaar blijft. Krachtens het "privilège du préalable" dient de verzoeker zich te schikken naar de bestreden akte, en stelt de enkele overtuiging dat de akte onwettig is hem niet vrij van de verplichting om zich eraan te onderwerpen.

Siég.: Geus (président de chambre), Daurmont,
Gehlen (conseillers d'Etat)
Aud.: Lombart
Adv.: Bourtembourg et Detheux

(T. c./I.B.P.T.)

Vu la requête introduite le 19 janvier 1998 par André T., qui demande l'annulation de "la décision prise par le Ministre des Télécommunications le 19 novembre 1997 de (le) démettre d'office et sans préavis de ses fonctions à partir du 1^{er} septembre 1997";

(...)

Considérant que les éléments utiles à l'examen du recours sont les suivants:

Le requérant, employé sous contrat de travail à la Représentation permanente de la Belgique auprès de la Communauté européenne, s'est porté candidat en 1993 à l'un des dix emplois de conseiller à l'Institut belge des services postaux et des Télécommunications (en abrégé: IBPT) dont la vacance a été publiée au Moniteur belge du 26 juin 1993. L'emploi de conseiller est une fonction spécialisée au sens de l'article 73, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, en vertu de l'arrêté royal du 18 mars 1993 qui détermine les grades des agents de l'IBPT qui correspondent à des fonctions spécialisées ainsi que les règlements administratifs spécifiques relatifs à ces grades.

Le 3 août 1993, le Ministre des Communications et des Entreprises publiques a nommé le requérant au grade de conseiller à l'IBPT à partir du 1^{er} septembre 1993. Le 13 décembre 1993, le Ministre lui a accordé un congé pour mission, pour la période du 1^{er} septembre 1993 au 31 août 1995, afin de lui permettre de poursuivre l'exercice de ses fonctions à la Représentation permanente, et a déclaré son emploi vacant.

Le requérant a demandé, le 15 juin 1995, une

prolongation de son congé pour mission. L'administrateur général et l'administrateur de l'IBPT ont émis, à l'intention du ministre, un avis défavorable à cette demande. Le 6 octobre 1995, ils ont fait savoir au requérant qu'il ne pouvait être accédé à sa demande parce qu'il n'était pas un agent définitif de l'IBPT, n'ayant pas accompli effectivement une période d'essai d'un an, et qu'en raison du manque de personnel de niveau 1, l'Institut souhaitait disposer de tous ses agents.

Par une note du 1^{er} mars 1996, le Ministre des Télécommunications a demandé à l'administrateur général de l'IBPT de faire le nécessaire pour prolonger la mission du requérant et de lui faire des propositions en vue de pourvoir au remplacement temporaire de l'intéressé. Le 18 avril 1996, le Ministre a placé celui-ci en position de non-activité de service sans traitement avec perte de ses titres à la promotion de grade et à l'avancement de traitement du 1^{er} septembre 1995 au 31 août 1997. L'emploi du requérant a été déclaré vacant.

Le 4 avril 1997, le secrétaire général du ministère des Affaires étrangères a écrit à l'IBPT pour signaler que la Cour des comptes considérait comme irrégulière la situation des agents statutaires détachés des administrations belges auprès de la Représentation permanente et a précisé que son département ne souhaitait plus que le détachement du requérant soit prolongé et que ce dernier serait remis à la disposition de l'IBPT à partir du 1^{er} septembre 1997.

Par une lettre du 19 mai 1997, le requérant a formulé une nouvelle demande d'autorisation de dispense de service couvrant la période du 1^{er} septembre 1997 au 31 août 1999. A la demande de l'IBPT, il lui a adressé une copie de son acte d'engagement à la Représentation permanente.

Le 15 juillet 1997, le Ministre des Télécommunications a écrit au requérant en ces termes:

"Par la présente, je vous informe qu'il ne peut être accédé à votre demande de prolongation de congé pour mission, pour les raisons suivantes:

1. conformément aux dispositions de l'arrêté royal du 18 mars 1993 fixant le statut du personnel de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, vous êtes nommé à l'essai à l'Institut; or un congé pour mission ne peut être accordé qu'aux fonctionnaires nommés à titre définitif;
2. vu que de nouvelles tâches ont été confiées à l'Institut, celui-ci a un besoin urgent de tous ses fonctionnaires de niveau 1.

En ce que concerne la copie du contrat que vous nous avez transmise, il vous appartient d'aviser le Ministère des Affaires étrangères que vous allez reprendre votre emploi au sein de l'Institut".

Cette décision fait l'objet du recours A. 76.368/VIII-401.

Par une lettre recommandée à la poste le 4 septembre 1997, l'administrateur général et l'administrateur de l'IBPT, constatant que l'intéressé n'avait pas pris ses fonctions au début du mois de septembre comme cela avait été convenu lors d'un entretien du 29 août 1997, lui ont signalé que "les dispositions de l'article 94, 3°, de l'arrêté royal du 18 mars 1993 fixant le statut du personnel lui seront appliquées s'il ne réintègre pas l'Institut dans les plus brefs délais".

Une note du 6 octobre 1997 adressée par l'administrateur général et l'administrateur de l'IBPT au Ministre des Télécommunications relate notamment ce qui suit:

"Monsieur T. a eu le vendredi 29 août 1997 un entretien chez Monsieur l'Administrateur général. A cette occasion, Monsieur T. a sollicité un jour de congé pour des raisons familiales le 1^{er} septembre 1997 en promettant toutefois de prendre ses fonctions à l'Institut le mardi 2 septembre 1997.

L'intéressé n'a pas repris ses fonctions comme il avait été convenu et n'a plus donné de ses nouvelles avant le 22 septembre 1997, jour où il a eu un entretien de 30 minutes avec son futur Administrateur hiérarchique Monsieur B. Après cet entretien, il a décidé de poursuivre ses activités à la Représentation permanente et n'a plus recontacté l'Institut depuis lors.

Nonobstant un certain nombre de démarches effectuées entre autres auprès du Ministère des Affaires étrangères et de son avocat, l'intéressé ne manifeste aucune volonté de réintégrer l'Institut.

L'absence de Monsieur T. est inqualifiable; même si des points d'interrogation subsistent quant à son statut à l'IBPT (période de stage à effectuer ou non, ancienneté à prendre en considération sur le plan pécuniaire), il devait prendre ses fonctions à l'Institut en attendant un éclaircissement des problèmes soulevés".

En conséquence, ils ont proposé que le requérant soit démis d'office.

Le 19 novembre 1997, le Ministre des Télécommunications a pris l'acte attaqué par le présent recours;

Considérant qu'en un deuxième moyen, le requérant allègue que "l'acte attaqué est la consé-

quence de et se fonde sur la décision du Ministre des Télécommunications du 15 juillet 1997 refusant au requérant une prolongation de congé pour mission pour les motifs qu'un tel congé ne pourrait être accordé qu'aux fonctionnaires nommés à titre définitif et que de nouvelles tâches ont été confiées à l'Institut, celui-ci ayant un besoin urgent de tous ses fonctionnaires de niveau 1"; qu'il reproduit le moyen unique de son recours A.75.368/VIII-401 pour démontrer que la décision du 15 juillet 1997 est fondée sur des motifs inexacts;

Considérant que le requérant a certes poursuivi

l'annulation de la décision précitée du 15 juillet 1997; que ce recours n'a pas d'effet suspensif, si bien que cette décision était exécutoire; qu'en vertu du privilège du préalable, le requérant avait à s'incliner devant ladite décision, fût-elle illégale; que la seule conviction que celle-ci n'était pas justifiée ne dispensait pas le requérant de s'y plier; que le moyen ne peut être retenu;

Considérant qu'il y a lieu de rouvrir les débats afin de permettre au membre de l'auditorat désigné par l'Auditeur général de poursuivre l'instruction du recours.

Le privilège du préalable défini comme l'absence d'effet suspensif du recours ou "Ceci n'est pas un privilège !"

Sur le privilège du préalable défini comme l'absence d'effet suspensif du recours¹ et l'absence d'un réel privilège² à cet endroit, mais tout au plus la simple application de l'adage de droit commun selon lequel "Nul ne peut se faire justice à soi-même", voy. notre thèse de doctorat, *Le privilège du préalable et de l'exécution d'office*, Brugge, La Chartre, 2001, 792 pp. (sp. n° 259 et s.).

Du point de vue historique, l'étiquette d'un privilège vient de l'ancienne théorie du ministre-juge (n° 197 et s.) qui imposait autrefois de comparer la décision administrative à une décision de justice. Or, contrairement au recours introduit contre la décision de justice, ordinairement suspensif, l'appel d'une décision administrative n'avait pas - et n'a toujours pas -, quant à elle, un effet suspensif de la force exécutoire de cette décision et lui conférait ainsi un statut privilégié par rapport à la première.

Aujourd'hui, la théorie du ministre-juge n'a - heureusement - plus cours mais, étrangement, le privilège est resté en doctrine et en jurisprudence.³ Pourtant, l'acte privé - avec lequel l'acte administratif est désormais comparé - ne voit pas non plus sa force exécutoire - certes limitée dans son intensité⁴, mais à l'instar de la plupart des actes administratifs - suspendue par l'intentement d'une action contre lui. C'est que *droit administratif* et *privilèges* ont continué à être conjugués en doctrine, malgré l'évolution considérable de la discipline, au fur et à mesure que le contrôle de l'action administrative s'imposait. Puissent à l'avenir les changements de mœurs et d'époque pénétrer également le vocabulaire juridique⁵, de manière à confirmer le changement des mentalités !

Marc NIHOUL

¹ D'autres définitions inadéquates sont en effet proposées en doctrine et en jurisprudence, parfois liées à l'absence d'effet suspensif du recours, voire cumulées, telles la présomption de légalité, le caractère exécutoire au sens large de l'acte administratif, sa force obligatoire sans l'intervention préalable du juge ou sans le consentement de l'administré - le caractère unilatéral de l'acte administratif - ou encore son caractère exécutoire de manière forcée sans l'autorisation préalable du juge.

² Au sens propre, à savoir celui d'une dérogation avantageuse par rapport au droit commun.

³ La décision rapportée va plus loin dans la mesure où, se fondant sur l'absence d'effet suspensif du recours devant le Conseil d'Etat, la huitième chambre du Conseil considère que, «en vertu du privilège du préalable, le requérant avait à s'incliner devant ladite décision». Une résurgence de l'adage dépassé selon lequel l'administré, confronté à l'action administrative, doit «obéir d'abord quitte à réclamer ensuite»? Les faits et la solution de l'espèce attestent pourtant le contraire. En l'absence d'une décision de justice et à défaut d'une loi établissant l'exécution forcée sans l'autorisation préalable du juge de l'acte administratif concerné, l'administré - fut-il fonctionnaire - a le choix, en pratique, exactement comme en droit privé, entre obéir ou résister - parallèlement ou non à l'introduction d'un recours, parfois même suspensif -, quitte à en assumer les conséquences ultérieures.

⁴ Sur la distinction des forces obligatoire et exécutoire ordinaire ou renforcée, voy. *ibidem*, pp. 161 à 178, n°s 119 à 130. A noter que, par le passé, la théorie du ministre-juge permettait également de justifier, sur le plan théorique, la force exécutoire renforcée de la décision administrative, alors qu'elle résultait surtout de l'absence d'un contrôle juridictionnel efficace de l'action administrative, de nature à la contredire, en Belgique comme en France.

⁵ En l'espèce la qualification.